

BAŞKASINA AİT TESCİLLİ MARKA KULLANILARAK HİZMET SATIŞI VE İDDİANAMEDE BELİRTİLEN SUÇ DIŞINDA HÜKÜM KURULMASINA İLİŞKİN KARAR TAHLİLİ: YCGK, 2018/614 E., 2021/269 K., 10.06.2021.

Decision Assessment About The Service Sales Using Other Registered Trademark And Implementation Of Provisions Other Than The Crime Stated In The Inclusion: YCGK, 2018/614 E., 2021/269 K., 10.06.2021.

Esra BULUT*

Özet

Marka hakkı sahibinin izni olmaksızın tescilli bir markaya ait ürünlerin kullanılması, marka hakkına tecavüz sayılan fiillerden biridir. Marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmet satılması ise marka hakkına tecavüz suçunun seçimlik hareketlerinden biridir. Başkasına ait markayı failin kendi markası gibi kullanması hileli harekettir. Satış ile bu hileli hareket sonucunda fail bir yarar sağlamaktadır. Dolandırıcılık suçunun oluşması için hileli hareket, mağdurun aldanması, yarar sağlama ve karşı tarafın malvarlığında zarar meydana gelmelidir. Aldatılan kişi satış işlemi ile bir edim elde ettiğinden malvarlığı zararı teorileri göz önünde bulundurulur dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmadığı çözümlenmelidir.

Karara konu olayda olduğu gibi mağdur sayısının birden fazla olması ve mağdurlardan birinin şikâyeti üzerine dolandırıcılık suçundan başlatılan yargılama sonucunda beraat kararı verilmesi halinde dolandırıcılık suçundan yeni bir yargılama başlatılıp başlatılamayacağı bir sorundur. Bu soruna ilk düzenlenen iddianamenin kapsamı dikkate alınarak non bis in idem ilkesi çerçevesinde cevap aranmalıdır.

Yargıtay kararlarında iddianamenin marka hakkına tecavüz suçundan düzenlenmesi halinde dolandırıcılık suçundan mahkûmiyet hükmü kurulamayacağı belirtilmektedir. Mahkeme, iddianamede gösterilen suç ile değil; fiil ile bağlıdır. Davasız yargılama olmaz ilkesi, iddianamede gösterilmeyen fiilden yargılama yapılamamasını ifade etmektedir. Bu nedenle iddianamede gösterilen fiilden dolandırıcılık suçunun oluştuğuna kanaat eden mahkemenin bu suçtan mahkûmiyet hükmü kurmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.

Anahtar Kavramlar: Marka hakkına tecavüz suçu, dolandırıcılık suçu, non bis in idem ilkesi, davasız yargılama olmaz ilkesi.

* Arş. Gör., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye, e-posta: esra.bulut@hbv.edu.tr.

ORCID:0000-0002-5059-3778

Abstract

The use of products belonging to a registered trademark without the consent of the trademark owner is one of the acts considered infringement of the trademark right. Selling goods or services by infringing on the trademark right by quotation or confusion is one of the optional acts of the crime of infringing the trademark right. It is a fraudulent act to use someone else's brand as if the perpetrator is his own. As a result of this fraudulent act with the sale, the perpetrator gains a benefit. For fraud to occur, fraudulent action, deception of the victim and damage to the other party's assets must occur in addition to providing benefits. Since the deceived person obtains a performance through the sale transaction, it should be analyzed whether the crime of fraud has occurred, taking into account the theories of property damage.

As in the case subject to the decision, if the number of victims is more than one and a verdict of acquittal is given as a result of the trial initiated for the crime of fraud upon the complaint of one of the victims, it is a question whether a new trial can be initiated for the crime of fraud. An answer to this problem should be sought within the framework of the principle of non bis in idem, taking into account the scope of the first indictment.

In the Supreme Court decisions, it is stated that if the indictment is drawn up for the crime of infringing on the trademark right, a conviction cannot be made for the crime of fraud. The court, not with the crime shown in the indictment; connected with the verb. The principle of no trial without a lawsuit means that no trial can be made for an act not shown in the indictment. For this reason, there is no obstacle for the court, which is convinced that the crime of fraud occurred due to the act shown in the indictment, from establishing a conviction for this crime.

Keywords: *Crime of trademark infringement, crime of fraud, principle of non bis in idem, no judgement without filed lawsuit principle.*

GİRİŞ

Çalışmada Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2018/614 E., 2021/269 K., 10.06.2021 sayılı kararı tahlil edilmiştir. Karar öncelikle maddi ceza hukuku boyutuyla değerlendirilmiş ve olayda işlenen suçlar ve bu suçlar arasında uygulanması gereken içtima hükümleri tartışılmıştır. Kararın muhakeme hukuku yönü iki soru ile ele alınmıştır. Bunlardan ilki, bir suç hakkında mağdurlardan birinin şikâyeti üzerine başlatılan yargılama sonucunda beraat kararı verilmiş olmasına rağmen aynı suçtan yeniden yargılama yapılıp yapılamayacağıdır. İkincisi, iddianamenin düzenlendiği suçtan farklı bir suç tipi hakkında mahkûmiyet hükmü verilip verilemeyeceğidir. Bu sorulara non

bis in idem ve davasız yargılama olmaz ilkeleri göz önünde bulundurularak cevap aranmıştır.

I. OLAY

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 10.06.2021 T., 2018/614 E., 2021/269 K. sayılı kararına konu teşkil eden olayda, A, R Elektronik İletişim ve Pazarlama Hizmetleri Tic. Ltd. Şti.'nin sahibi ve yetkilisidir. B, bu şirketin çalışanıdır. Bu şirket internet ve bilgisayarlarla ilgili teknik destek hizmeti sunmaktadır. R isimli firmaya ait çağrı merkezi ekibi, T AŞ'nin izni ve bilgisi dışında müşterilere T AŞ'den aradıklarını, internet paketlerini aktif hale getireceklerini, bilgisayarlara program yükleyeceklerini söyleyip randevu oluştururlar. Müşteriler, T AŞ'den aradıklarını zannederek teklifi kabul eder. Bunun üzerine A ve diğer teknik elemanlar müşterilerin evine veya iş yerine giderek program yüklerler. İşlem sırasında T AŞ'nin ticari unvanı ile hak sahibi olduğu markaya ait isim ve logonun yaka kartı, üniforma, kaşe, makbuz vb. ürünler kullanırlar. Yapılan işlemler karşılığında müşterilerden 30 ila 55 TL arasında değişen miktarda para alırlar. Müşterilerden C, A ve B'nin para istemesi üzerine T AŞ'yi arayarak böyle bir hizmetlerinin olup olmadığını sorar. T AŞ'nin böyle bir hizmetlerinin olmadığını söylemesi üzerine C istenilen ücreti vermez ve polisi arar. Müşteriler, işlemler sonrasında bilgisayarlarında sorunlar çıkması sebebiyle T AŞ'ne başvururlar. Bunun üzerine T AŞ marka hakkının izinsiz kullanıldığından bahisle A ve B hakkında şikâyetçi olur.

Şişli Cumhuriyet Başsavcılığı, A ve B hakkında marka hakkına tecavüz suçunu işlediklerine yönelik ve bu suçun yargılmasında görevli olan mahkemeye hitaben iddianame düzenler. İddianamede dolandırıcılık suçundan dolayı bir suç isnadında bulunulmaz.

Müşterilerden birinin 29.06.2010 tarihli olay sebebiyle şikâyetçi olması üzerine A ve B hakkında, Karşıyaka Cumhuriyet Başsavcılığınca dolandırıcılık suçundan kamu davası açılır. Yapılan yargılama sonucunda, Karşıyaka 2. Ağır Ceza Mahkemesince beraat kararı verilir ve Yargıtay (Kapatılan) 23. Ceza Dairesince 25.05.2016 tarihinde temyiz isteminin reddine karar verilmesiyle hükümler kesinleşir.

II. MERCİLERİN ÇÖZÜM ŞEKİLLERİ

A. İlk derece mahkemesi olarak İzmir Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi,

26.12.2012 tarihinde, marka hakkına tecavüz suçundan A'nın 5833 sayılı

Kanun’la değişik 556 sayılı KHK’nın 61/A-1 ve Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) 62, 52/2, 52/4 ve 53/1. maddeleri uyarınca 1 yıl 3 ay hapis ve 3.000 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına, B’nin ise 5833 sayılı Kanun’la değişik 556 sayılı KHK’nın 61/A-1 ve TCK’nın 62, 52/2, 52/4, 53/1 ve 53/5. maddeleri uyarınca 2 yıl 1 ay hapis ve 15.000 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına, her iki sanık için taksitlendirmeye ve hak yoksunluğuna karar verir.

Hüküm sanıklar müdafii tarafından temyiz edilir.

B. Yargıtay 19. Ceza Dairesi, A ve B’nin fiillerinin dolandırıcılık suçunu oluşturduğundan bahisle ilk derece mahkemesinin kararını bozar.

C. İlk derece mahkemesi, şu gerekçe ile kararında direnir:

“...markanın sahibine yönelik olarak marka hakkına tecavüz, bu markayı da diğer hileli eylemler ile birlikte kullanarak bozma kararında isimleri belirtilen gerçek kişilere karşı dolandırıcılık suçu işlenmiştir. Tek bir eylem yoktur. Birden fazla eylem söz konusu olduğu için gerçek içtima hükümleri uygulanmalıdır. Dolandırıcılık suçundan dolayı beraat kararı verilmiş olsa bile marka hakkına tecavüz suçu ayrı ve bağımsız bir suç olarak cezalandırılmalıdır.”

D. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, şu gerekçe ile dolandırıcılık suçundan dolayı ayrıca soruşturma yapılması gerektiğini belirtir:

“...iddianamede nitelenen eylemlerin marka hakkına tecavüz suçunun unsurlarını kapsadığı hâlde dolandırıcılık suçunun unsurlarını kapsamaması, TCK’ya hâkim olan ilkenin gerçek içtima olması sebebiyle “Kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza” söz konusu olacağından mağdurları, suçların konusu, fiil ve netice, korunan hukuki değer ve yargılama usulleri farklı, birbirinden ayrı ve bağımsız suçlar olan “dolandırıcılık” ve “marka hakkına tecavüz” suçlarının birbirine dönüşmeyeceği gibi hareket ya da fiilin hukuki anlamda tek olmaması sebebiyle de farklı neviden fikri içtimanın şartlarının da oluşmayacağı anlaşıldığından somut olayda gerçek içtima ilkesinin geçerli olması, Cumhuriyet savcısı tarafından zamanaşımı süresi içerisinde dolandırıcılık suçundan ayrıca bir soruşturma yapılması mümkün olup bu soruşturma sonucunun marka hakkına tecavüz suçuna ilişkin yargılamayı da etkilemeyeceği, “davasız yargılama olmaz” ilkesi gereğince somut olayda iddianamede açıklanan ve marka hakkına tecavüz suçunu oluşturduğu iddia olunan sanıkların eylemleri dışına çıkılarak davaya konu edilmeyen dolandırıcılık suçuna ilişkin fiilden dolayı yargılama yapılamayacağı ve açılmayan davadan hüküm kurulamayacağı...”

III. ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKİ PROBLEMLER

Bu çalışmaya konu olaya ilişkin hukuki problemlerin çözümü için aşağıdaki soruların cevaplanması gerekmektedir:

A. R şirketine ait çağrı merkezi ekibinin müşterileri aramaları, A ve diğer teknik elemanların müşterileri evine veya işyerine girmeleri ceza hukuku sorumluluğunu gerektirir mi?

B. A ve B'nin T AŞ'nin marka hakkını kullanarak müşterilerin bilgisayarlarına program yüklemeleri ve karşılığında ücret almaları nedeniyle Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) hükümleri uyarınca ceza hukuku sorumlulukları nedir? Marka hakkının kullanılması birden fazla defa gerçekleştiğinden hangi içtima hükümleri uygulanmalıdır?

C. A ve B, dolandırıcılık suçundan dolayı sorumlu tutulabilir mi? Sorumlu tutulabilecekleri kabul edildiğinde, birden fazla defa işlenen dolandırıcılık suçu bakımından hangi içtima hükümleri uygulanmalıdır?

D. Marka hakkına tecavüz suçu ile dolandırıcılık suçu arasında hangi içtima hükümleri uygulanmalıdır? İşlenen suçlar bakımından fiil teklifi var mıdır? Bu suçların arasında özel norm-genel norm ilişkisi mevcut mudur?

E. Müşterilerden birinin şikâyeti üzerine mahkemenin dolandırıcılık suçundan beraat kararı vermesi ve bu kararın kesinleşmesi, diğer müşterilerin şikâyeti üzerine dolandırıcılık suçundan mahkûmiyet hükmü kurulmasını engeller mi?

F. İddianamede dolandırıcılık suçuna yer verilmese de mahkeme dolandırıcılık suçundan mahkûmiyet hükmü kurabilir mi?

IV. DEĞERLENDİRME VE GÖRÜŞÜMÜZ

A. Telefon numaraları, kişileri birbirinden ayırt etme vasfı dolayısıyla kişisel veri niteliğindedir.¹ Çağrı merkezi ekibinde müşterilere ait numaralar mevcut olmayıp hukuka aykırı yollardan elde edildiyse verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu oluşur (TCK m. 136). Bu numaraların ele geçirilmesi hukuki anlamda tek bir fiil ile gerçekleşmişse aynı suçun tek fiille birden fazla kişiye karşı işlenmesi söz konusu olduğundan aynı neviden fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır (TCK m. 43, f. 2).

Müşteriler A ve B'yi rızaları ile konutlarına almıştır. Ancak müşterilerin

¹ TCK m.135'in gerekçesine göre, gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi kişisel veridir.

rızası hile ile fesada uğramıştır; bu nedenle rızaları geçerli değildir. Bir kimsenin konutuna rızasına aykırı girilmesi ise konut dokunulmazlığını ihlal suçunu oluşturur (TCK m. 116).

Müşterilerin hile ile fesada uğramış rızaları ile işyerlerine girilmesi ise işyerlerinin “açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutat olan yerler dışında” olması halinde işyeri dokunulmazlığını ihlal suçunu oluşturur (TCK m. 116, f. 2).

Konut ve işyeri dokunulmazlığını ihlal suçlarının mağdurları farklı kişilerdir ve hukuki anlamda tek fiil olduğundan da söz edilemez. Bu nedenle gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Merci görüşlerinde bu suç tiplerinin tartışılmaması bir eksikliklerdir.

B. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu 22.12.2016 tarihinde kabul edilmiş ve 10.01.2017 tarihli 29944 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname, 6769 sayılı Kanunun 191’ inci maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak 6769 sayılı Kanunun geçici maddeleri gereğince mülga KHK’nin bazı hükümlerin uygulanmasına devam edileceğinden uygulayıcıya kolaylık sağlamak amacıyla 556 sayılı KHK sistemde korunmuştur.²

T AŞ’ye ait marka tescilli olduğundan bu markanın korunması SMK kapsamındadır (SMK m. 7, f. 1). SMK’nın 29. maddesinde³ marka hakkına tecavüz sayılan fiiller düzenlenmektedir. SMK m. 29, f. 1, b bendine göre; “*marka sahibinin izni olmaksızın, markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek*” de bu fiiller arasındadır. A ve B, T AŞ’ye ait markayı marka sahibinin izni olmaksızın kullanmışlardır.

SMK m. 30, f. 1’de⁴⁵ düzenlenen marka hakkına tecavüz suçunun oluş-

² 556 s. KHK’da belirtilen açıklamalara yer verilmektedir.

³ 556 s. KHK’nın ise 61. maddesinde marka hakkına tecavüz sayılan fiiller sayılmaktadır ve yapılan atıf gereği ayrıca 9. maddeye aykırı kullanımlar da marka hakkına tecavüz sayılan fiiller olarak kabul edilmektedir.

⁴ 556 s. KHK’nın ise 61/A maddesinde marka hakkına tecavüz suçuna ilişkin ceza hükümlere yer verilmektedir. Kanun ile KHK arasında suçun seçimlik hareketleri bakımından farklılık bulunmaktadır. KHK’da sayılan seçimlik hareketler şunlardır: mal veya hizmet üretme, satışa arz etme, satma.

⁵ SMK m. 30, f. 1 hükmü şu şekildedir: “*Başkasına ait marka hakkına ıktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal üreten veya hizmet sunan, satışa arz eden veya satan, ithal ya da ihraç eden, ticari amaçla satın alan, bulunduran, nakleden veya depolayan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.*”

ması için marka hakkına tecavüz niteliğindeki fiilleri gerçekleştirmek yeterli değildir. Marka hakkına tecavüz sayılan fiiller, iktibas veya iltibas suretiyle gerçekleştirilmelidir. Ayrıca, bu suretle de her fiil değil; fıkırdaki sayılan seçimlik hareketler cezalandırılmaktadır.⁶ Bu hareketler şunlardır: mal üretme, hizmet sunma, satışa arz etme, satma, ithal ya da ihraç etme, ticari amaçla satın alma, bulundurma, nakletme ve depolama.

A ve B'nin T AŞ'ye ait markanın aynı işaretini aynı hizmette kullanmışlardır. İktibas suretiyle tecavüz, tescilli markanın aynı mal veya hizmetlerle ilgili aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretin kullanılmasıdır.⁷ Bu nedenle A ve B, iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz sayılan kullanma fiilini gerçekleştirmişlerdir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise bilirkişi raporuna dayanarak olayda iltibas suretiyle tecavüzün olduğunu kabul etmiştir. İltibas suretiyle tecavüzde benzer işaretin kullanılması gerekmektedir.⁸ Olayda tescilli marka ile aynı işaret kullanıldığından Yargıtay'ın bu tespitine katılmaktayız.

A ve B, T AŞ'ye ait markaya iktibas suretiyle tecavüz ederek program (hizmet) satışı gerçekleştirmişlerdir. Marka hakkına tecavüz suçunun seçimlik hareketlerinden olan "satma" yalnızca mal satışını değil; hizmet satışını da kapsar.⁹ Bu nedenle A ve B marka hakkına tecavüz suçundan dolayı sorumludurlar.¹⁰

A ve B, C'den ücret tahsil edemeyerek satışı gerçekleştiremeseler de marka hakkına tecavüz suçunun satışa arz, hizmet sunma ve bulundurma seçimlik hareketlerini gerçekleştirmişlerdir (SMK m. 30, f. 1). Kanun koyucu satışa arz gibi esasında satışın hazırlık hareketi olan bazı hareketleri tamamlanmış suç gibi cezalandırmayı tercih etmiştir.¹¹ Seçimlik hareketli suçlarda suçun tamamlanması için seçimlik hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi su-

⁶ Ayşe Nuhoglu, "Marka Hakkına Tecavüz Suçu", in Feridun Yenisey, İzzet Özgenç, Ayşe Nuhoglu, Adem Sözüer, Faruk Turhan (eds.), Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan, Seçkin Yayıncılık, 2018, 417-444, s.427.

⁷ Zahit Yılmaz, "Marka Hakkına İktibas veya İltibas Suretiyle Tecavüz Suçu", Terazi Hukuk Dergisi, 2021, 16(178), 1178-97, s.1182.; İsa Başbüyük, Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2011, s.82.; Nuhoglu, s.430.

⁸ Başbüyük, İsa, Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk, s.96.; Nuhoglu, s.428.

⁹ Başbüyük, s.113.

¹⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bilirkişi raporundan hareketle seçimlik hareketin "hizmet sunma" olduğunu kabul etmiştir. Ancak olayda marka hakkına tecavüz edilerek bir hizmetin satışı gerçekleştiğinden kanaatimizce "satma" seçimlik hareketi mevcuttur.

¹¹ Nuhoglu, s.431-432.

çün tamamlanması için yeterlidir. Bu nedenle C'ye yönelik de marka hakkına tecavüz suçu ücret tahsil edilemese de işlenmiştir.

Marka hakkına tecavüz suçunun mağduru, marka hakkı sahibi¹² olduğundan her bir suçun mağduru aynı kişidir. A ve B, aynı suç işleme kararıyla aynı mağdura karşı değişik zamanlarda marka hakkına tecavüz suçunu işlediklerinden zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır (TCK m. 43, f. 1).

C. Dolandırıcılık suçunun unsurları; hileli davranışlarda bulunma, mağdurun aldanması ve mağdurun veya bir başkasının malvarlığının zarara uğraması sonucu failin veya bir başkasının yarar sağlamasıdır (TCK m.157). Olayda A ve B'nin kendilerini T AŞ'nin çalışanı olarak tanıtmaları ve T AŞ'nin marka hakkını kullanmaları, hileli davranışlardır. Bu hileli davranışlar sonucunda müşteriler aldatılmıştır.¹³ Dolandırıcılık suçundan söz edebilmek için ayrıca mağdurun veya bir başkasının malvarlığının zarara uğraması gerekmektedir.

Malvarlığı zararı kavramı doktrinde tartışmalı olup aşağıda yer verilen çeşitli teorilerle açıklanmaya çalışılmıştır:

Subjektif hukuki zarar teorisine göre, kişinin aldatılmasaydı yapmayacağı bir tasarrufu gerçekleştirme zararın oluştuğunu kabul için yeterlidir.¹⁴

Objektif ekonomik zarar teorisine göre, karşılıklı edimlerin varlığı halinde mağdurun malvarlığından çıkan değer ile karşı edimin piyasa değeri esas alınarak bir zararın olup olmadığı hesaplanır.¹⁵

Objektif bireysel zarar teorisine göre, öncelikle objektif ekonomik zarar teorisinde olduğu gibi edimlerin piyasa değerine bakılır. Ancak bununla yetinilmeyip mağdurun tasarruf amacı, mağdura ekonomik olarak ağır bir yük getirip getirmediği de araştırılır.¹⁶ Bu teoriye göre edimlerin değeri eşit olsa bile mağdur tarafından kullanımı mümkün değilse suç oluşur.¹⁷

Kişisel zarar teorisine göre, malvarlığı zararı kişinin ekonomik potansi-

¹² Egemen Esen, "Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Marka Hakkının Yetkisiz Tasarrufu Suçu", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, 16(2), 717-732, s.728.

¹³ Volkan Maviş, "Dolandırıcılık Suçunun Hile Unsuruna İlişkin Sorunlar", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, C.1, Özel Sayı, s.603.

¹⁴ Meral Ekici Şahin, Dolandırıcılık Suçu, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.289.

¹⁵ Ekici Şahin, s.293.; Mesut Bilen, Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Konya, 2012, s.164.

¹⁶ Ekici Şahin, s.294.

¹⁷ Ersin Şare, "Dolandırıcılık Suçu Kapsamında Cezalandırılan Hile", SDÜHFD, 2022, 12(2), s.684.; Fulya Korkmaz, Dolandırıcılık Suçu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara, 2020, s.67

yelindeki değişiklik ve tasarruf amacına aykırılıkları kapsar.¹⁸

Bağımsız veya genişletilmiş zarar teorisine göre, malvarlığı zararı ekonomik zararın üstünde bir kavramdır ve manevi değeri olan şeyleri de kapsamaktadır.¹⁹

Kararda müşterilerin bilgisayarlarının zarar görmesi ile ilgili bir bilirkişi raporu yer almadığından, olayı malvarlığı zararı teorileri çerçevesinde çeşitli ihtimalleri göz önünde bulundurarak değerlendirmekte fayda vardır. Buna göre;

A ve B'nin, müşterilerin bilgisayarlarına T AŞ'nin normalde ücretsiz olarak yükleyeceği programı ücret karşılığında veya T AŞ'nin alacağından daha fazla ücrete yüklemeleri durumunda,

1) Hangi zarar teorisi kabul edilirse edilsin malvarlığı zararının doğduğu sonucuna ulaşılır ve dolandırıcılık suçu da suçun tüm maddi unsurları gerçekleştiğinden işlenmiş olur.

A ve B'nin, T AŞ'nin de o özelliklere sahip yükleyeceği bir programı T AŞ ile aynı ücrete yüklemeleri durumunda,

2) Objektif bir zarar doğmamıştır. Zira müşterinin azalan malvarlığı karşılığında aldığı edim piyasa değeri ile aynıdır. Ancak aldatılan kişinin gerçeği bilseydi yapmayacağı bir tasarruf söz konusu ise subjektif hukuki zarar teorisine göre malvarlığında zarar meydana gelmiş ve dolandırıcılık suçu oluşmuş olur. Bu durumda dolandırıcılık suçunun oluştuğunu kabul etmek dolandırıcılık suçunu hukuki değer olarak yalnızca irade özgürlüğünü koruyan bir suça indirgemek anlamına gelir.²⁰ Zira hileli davranışlar, muhatabın aldatılması ve muhatabın işlem sonucundaki “gerçeği bilseydim yapmazdım” şeklindeki seçimi tamamen irade özgürlüğü ile alakalıdır. Oysaki dolandırıcılık suçu aynı zamanda malvarlığını da korumaktadır. Aldatılan kişinin salt sözleşmenin karşı tarafını özgürce seçme iradesinin hile ile fesada uğratılması ve geriye dönük olarak subjektif bir açıklamada bulunması, malvarlığında bir zarar meydana geldiğinin kabulü için yeterli değildir. Bu nedenle bu ihtimalde dolandırıcılık suçunun oluşmadığını kabul etmekteyiz.

A ve B'nin, T AŞ'nin yükleyeceği programdan daha düşük kalitede, daha sınırlı özelliklere sahip veya T AŞ'nin sağladığı garantiyi sağlamayan bir programı T AŞ'nin daha kapsayıcı özelliklere sahip program ile aynı ücrete yüklemeleri durumunda,

¹⁸ Ekici Şahin, s.301.

¹⁹ Ekici Şahin, s.302-303.

²⁰ Bilen, s.159-160.

3) Müşteriler malvarlıklarında azalma sonucu karşı edim olarak piyasa değerinden daha düşük bir edime sahip olmuşlardır. Bu nedenle hangi zarar teorisi kabul edilirse edilsin mağdurun malvarlığında zarar meydana geldiği kabul edilir ve dolandırıcılık suçu da işlenmiş olur.

Dolandırıcılık suçunun oluştuğu kabul edildiğinde, birden fazla müşteriye karşı birden fazla defa işlen dolandırıcılık suçu bakımından uygulanması gereken içtima hükümleri belirlenmelidir. Suç, farklı mağdurlara karşı işlenmiştir. Her bir suçun konusu farklıdır. Zira dolandırıcılık suçunun konusu malvarlığı değeridir. Bu nedenle hukuki anlamda fiil teklifinden bahsedilemez. Failler, her bir dolandırıcılık suçundan dolayı gerçek içtima hükümlerine göre cezalandırılmalıdır.

A ve B, hileli hareketleri gerçekleştirmişler; ancak C aldanmamıştır. Dolandırıcılık suçunun tamamlanması için hileli hareketlerle aldanan mağdur, karşı tarafa yarar sağlayıcı bir malvarlığı tasarrufunda bulunmalıdır. Elverişli hareketlerle dolandırıcılık suçunun icrasına başlanmasına rağmen suç tamamlanmadığından, suça teşebbüs hükümleri uygulanmalıdır (TCK m. 35).²¹

D. Yukarıdaki hukuki sorunun a ve c ihtimallerinde dolandırıcılık suçunun işlendiği sonucuna varılmıştır. Dolandırıcılık suçu ile marka hakkına tecavüz suçu arasında uygulanacak içtima hükümleri değerlendirilmelidir. Bunun için de öncelikle bu iki suçun aynı fiiller ile işlenip işlenmediği ve aralarında özel norm- genel norm ilişkisinin olup olmadığı tespit edilmelidir.

A ve B'nin T AŞ'den aradıklarını söyleyerek müşterilere randevu oluşturmaları, marka hakkına tecavüz suçunun "satışa arz" seçimlik hareketini oluşturmaktadır. A ve B'nin T AŞ'ye ait isim ve logoyu kullanmaları ve yükledikleri program sonucunda ücret tahsil etmeleri, marka hakkına tecavüz suçunun "satma" seçimlik hareketidir.

A ve B'nin müşterileri T AŞ'den aradıklarını söyleyerek randevu oluşturmaları, hileli davranışların başlangıcıdır. A ve B'nin T AŞ'ye ait isim ve logoyu kullanmaları, dolandırıcılık suçunda hile unsurunun devamıdır. Müşteriler bu hileli hareketler sonucunda aldanmışlardır. A ve B'nin yükledikleri program sonucunda müşterilerden para almaları ise programın müşterilerin bilgisayarlarında sorun çıkarması nedeniyle dolandırıcılık suçunun malvarlı-

²¹ Ali Şahin Kılıç, "Dolandırıcılık Suçunda Aldatma Unsuru Üzerine Bir İnceleme", in Feridun Yenisey, İzzet Özgenç, Ayşe Nuhoglu, Adem Sözüer, Faruk Turhan (eds.), Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan, 2018, 315-361. s.329.

ğında zarara neden olma unsurunu oluşturur.

Karara konu olayda marka hakkına tecavüz suçu ile dolandırıcılık suçunu oluşturan icra hareketleri örtüşmektedir. Suçların çok hareketli suç niteliğinde olması fiilin hukuki anlamda tek olmasını engellemez.²²

Dolandırıcılık suçu ile marka hakkına tecavüz suçu farklı hukuki değerleri koruduğundan aralarında özel norm-genel norm ilişkisi bulunmamaktadır.²³ Bu nedenle görünüşte içtima hükümlerine değil, farklı neviden fikri içtima hükümlerine göre sorun çözümlenmelidir (TCK m. 44). Dolandırıcılık suçunun ceza miktarı marka hakkına tecavüz suçuna göre daha fazla olduğundan A ve B yalnızca dolandırıcılık suçundan dolayı cezalandırılmalıdır.

E. Non bis in idem ilkesi, aynı fiilden dolayı ikinci kez yargılama yapılmasını ve ceza verilmesini yasaklamaktadır.²⁴ Kesin hükmün varlığı halinde mahkeme ret kararı vermelidir (CMK m. 223, f. 7).

Müşterilerden birinin şikâyeti üzerine A ve B hakkında iddianame düzenlenmiş, yapılan yargılama sonucunda beraat kararı verilmiş ve bu kararlar kesinleşmiştir. Bu noktada düzenlenen iddianamenin içeriği önem taşımaktadır. Zira iddianamede gösterilen fiil, hüküm konusu fiildir. Yargılamanın aynı fiilden dolayı yapıp yapılmadığının belirlenmesinde iddianamede bireyselleştirilerek sınırlandırılan ve hükmün maddi konusu olan fiile göre değerlendirme yapılır. Bu nedenle hukuki sorunu ihtimalli olarak çözümlenmekte fayda bulunmaktadır:

A ve B hakkında yürütülen ilk yargılamada iddianamede gösterilen fiil, A ve B'nin yalnız o müşteriye karşı gerçekleştirdiği dolandırıcılık suçuna yönelik fiil ise;

1) uyuşmazlık konusu olayın belirlenmesinde, iddianame ile sınırlandırılmış fiile bakılmaktadır. Bu ihtimalde, iddianame, A ve B'nin yalnız şikâyette bulunan müşteriye karşı gerçekleştirdiği fiil ile sınırlandırılmıştır. Diğer müşterilere karşı gerçekleştirilen fiiller bakımından ilk defa yargılama

²² Neslihan Göktürk, Fikri İçtima (Suçların İçtimalı), 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.131.; Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.522.; Çetin Akkaya, "Suçların İçtimalı Bağlamında Fiil Tekliği", 2019, S.13, s.15.; Zahit Yılmaz, "Türk Ceza Hukukunda Suçların İçtimalı Açısından Fiilin Tekliği Kavramı", 2020, 8(16), s.409.; Büşra Sevde Çubukçu, "Türk Ceza Hukukunda Görünüşte İçtima", 2019, 14(154), s.1183.

²³ Kayıhan İçel, "Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2008, 7(14), 35-49, s.40.; Çubukçu, s.1184.

²⁴ Cumhuriyet Şahin/ Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.72.; Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.89.; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.75.

yapılacağından bunların yeni bir yargılama konusu yapılması non bis in idem ilkesine aykırılık teşkil etmez.

Uyuşmazlık konusu olay A ve B'nin tüm müşterilere karşı gerçekleştirdikleri dolandırıcılık suçuna yönelik fiiller ise;

2) aynı kişi hakkında aynı fiilden dolayı verilmiş ve kesinleşmiş bir hüküm bulunması olumsuz bir muhakeme şartı olduğundan, mahkeme non bis in idem ilkesi gereği ret kararı vermelidir (CMK m. 223, f. 7).

F. Ceza muhakemesinde tahkik sistemi yerine itham sisteminin kabul edilmesiyle birlikte iddia makamının yargılama makamı önüne taşımadığı bir olaya mahkemenin kendiliğinden el atması önlenmiştir.²⁵ Bu önleme, *davasız yargılama olmaz/davacı ve davanın olmadığı yerde yargıç da yoktur* ilkeleri ile ifade edilmektedir.²⁶

Davasız yargılama olmaz ilkesinden mahkemenin sevk maddesinde belirtilen suç dışında bir suçtan dolayı hüküm veremeyeceği anlaşılmamalıdır. İlke, mahkemenin savcının iddianamede gösterdiği fiilin ve failin dışına çıkarak hüküm veremeyeceğini ifade etmektedir (CMK m. 225, f. 1). Mahkemenin savcının iddianamede gösterdiği fiillerin sevk maddesinde belirtilenden farklı bir suç tipini oluşturduğu kanaatiyle farklı bir suçtan hüküm kurması, davasız yargılama olmaz ilkesine bir aykırılık teşkil etmemektedir. Zira mahkeme, fiili kendiliğinden yargılama konusu yapmamakta, bu fiilleri savcı yargılama makamı önüne taşımış olmaktadır. Kunter'e göre, iddianamede gösterilmiş her eylemden dava açıldığını kabul etmek gerekmektedir.²⁷

Mahkemeler davasız yargılama olmaz ilkesi gereği iddianamede gösterilen fiil ile sınırlandırılmıştır. Mahkemenin fiil ile bağlı olması kuralı gereği yargılamanın maddi konusu değişemez.²⁸ Muhakemenin konusu olan

²⁵ Yenisey/Nuhoğlu, s.204.; Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.41.; Ramazan Arıtürk, "İddianamenin İadesi ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Önerileri", TAAD, 2022, S.50, s.183.; Sami Selçuk, "Davasız Yargılama Olmaz İlkesi, Savcıların yetkileri ve Yükümlülükleri", Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan, in Mahmut Koca, İzzet Özgenç, İlhan Üzülmez, M. Emin Alşahin (eds.), Seçkin Yayıncılık, 2020, 729-736, s.729.

²⁶ Yenisey/Nuhoğlu, s.728.; Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.73.; Selçuk, s.729.; Seydi Kaymaz, "Davasız Yargılama Olmaz İlkesinin İhlal Edilmesi ve Sonuçları", DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, C.21, Özel Sayı, s.297.; Ali Rıza Çınar, "Hükmün Konusu ve Eylemi (Fiili) Değerlendirmede Mahkemenin Yetkisi", TBB Dergisi, 2009, S.84, 31-62, s.37.

²⁷ Nurullah Kunter, "Bağımsız Olmadığı ve Diğerine Dayalı Bulunduğu Gereğiyle İddianamede Gösterilmiş Eylemlerden Biri Hakkında Kamu Davası Açılmamış Sayılabilir mi?", Yargıtay Dergisi, 1975, 21 (81-82), 33-46, s.43.

²⁸ Şahin/Göktürk, s. 542.; Özlem Yenerer Çakmut, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Esas Mahkemesinin Verdiği Hüküm", EÜHFD, 2007, XI(3-4), s.33

fiilden ne anlaşılması gerektiği konusunda farklı görüşler olmakla birlikte²⁹ CMK m. 225, f. 1 hükmüne göre muhakemenin konusu iddianamede bireyselleştirilen fiil ve faildir.³⁰ Fiilin bireyselleştirilmesinde fiilin işlendiği yer, zaman ve icra araçları ve şekli örnek olarak sayılabilir.³¹

Mahkemenin iddianamede gösterilen fiil ile sınırlandırılması, iddianamenin güvence fonksiyonudur.³² Mahkeme kuracağı hükümde iddianamedeki maddi konudan ayrılamaz.³³ Mahkeme maddi konuda iddianame ile bağlı olmakla birlikte hukuki konuda iddianame ile bağlı değildir. Mahkeme maddi gerçeğin araştırılması ilkesi gereği hukuki konuda iddia makamından farklı bir görüşe sahip olabilir.³⁴ Hükümün konusu olan iddianamede anlatılan olaylar objektif nitelikte olup savcının amaç ya da iradesi gibi subjektif kriterlere göre hükümün konusu belirlenemez.³⁵ Zira mahkeme, eylemleri nitelirmede özgürdür.³⁶

İzmir Cumhuriyet Başsavcılığınca 05.01.2012 tarih ve 43728-561 sayı ile düzenlenen iddianame şu şekildedir:

“...Şüpheliler A ve B, X AŞ müşterilerini buldukları yerlerde arayıp müşteri şirket ile anlaşmalı olduklarını söyleyerek anti-virüs programı yüklemeye ikna ettikten sonra programları bu kişilerin bilgisayarlarına yüklemiş ve yaptıkları hizmetin karşılığında soruşturma evrakında bulunan ve bu kişilerin ibraz ettiği makbuzları kesmişlerdir. Şüphelilerin düzenledikleri makbuzlarda ve yaka kartlarında hak sahibinden izinsiz olarak müşteri şirket adına marka olarak tescilli X kelime ve şekil markasını kullandıkları sözü edilen makbuz örnekleri ve yaka kartlarından anlaşılmıştır...Marka

²⁹ Tuba Kelep Pekmez, Ceza Muhakemesinde Fiil, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 99 vd.

³⁰ Kelep Pekmez, s. 112.

³¹ Erdener Yurtcan, “Ceza Davasının Konusu, Sınırları, Yargıcın Niteleme (Tavsif) Yetkisi, Fiilin Aynılığı ve Kesin Hükümün Önleme Etkisi Çerçevesinde Bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararının Değerlendirilmesi”, Yargıtay Dergisi, 1975, 21(81-82), 47-57, s.50.

³² Yenisey/Nuhoğlu, s.150.; Özge Apış, “Türk Ceza Muhakemesinde Hükümün İddianamede Gösterilen Fiil ve Fail Hakkında Verilmesi Meselesi”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, 8(16), 909-934, s. 912.

³³ Yurtcan’a göre, ceza davasının konusu, iddianamede belirtilen maddi vakıalar karışımı ile sınırlandırılan insan davranışlarıdır. Yurtcan, s.49.

³⁴ Apış, s.920.

³⁵ Çınar, s.41.

³⁶ Çınar, s.43.

vekili bilirkişi fotoğraflarını da eklediği marka tescil belgeleri ve suç konusu eşyaları inceleyerek düzenlediği raporunda; müşteri şirketin 2007 19161 numaralı tescil belgesine konu marka hakkının iltibas suretiyle ihlal edildiğine ilişkin tespit ve görüşlerini açıklamıştır. Soruşturma sırasında tecavüz edildiği belirlenen markaların suç konusu ürünlerin ait olduğu emtia sınıfında tescil edildiği ve tescilin devam ettiği Türk Patent Enstitüsünden gönderilen onaylı belge örneklerinden anlaşılmıştır. İfade sahiplerinin ifadeleri, ibraz edilen makbuzlar ve yaka kartları ve bilirkişi raporu ile şüphelilerin savunmalarının aksi ve suçu işledikleri kanıtlanmıştır...Vaad edilen hizmetin verilmiş olması karşısında eylemlerin başka bir suçu oluşturmadığı, X kelimesi müşteri şirket adına tescilli olduğundan suçun haksız rekabet değil marka hakkına tecavüz şeklinde gerçekleştiği belirlenmiştir...”

İddianamede; A ve B'nin X AŞ'ye ait logo ve isimlikleri kullanma, kendilerini X AŞ çalışanı gibi gösterme, müşterilerin bilgisayarına program yükleme, bu program ve hizmet sonucunda makbuz kesme ve ücret alma fiilleri yer almaktadır.

Dolandırıcılık suçundan dolayı cezaya hükmedebilmek için iddianamede dolandırıcılık suçunun unsurları gösterilmelidir. Zira CMK m. 226, f. 1, 2. cümleye göre sanık, “iddianamede kanunî unsurları gösterilen suçun değindiği kanun hükmünden başkasıyla mahkûm edilemez.”

Dolandırıcılık suçunun unsurları şunlardır:

- Hileli davranışlarda bulunma,
- Bu hileli davranışlar ile kişinin aldatılması,
- Aldatılan kişinin veya başkasının zarara uğraması,
- Failin kendisine veya bir başkasına yararın sağlanmış olmasıdır.³⁷

A ve B'nin hileli davranışları, kendilerini X AŞ çalışanı gibi gösterme ve bu şirkete ait markanın logo ve isimliklerini kullanmadır. Hileli davranışlar unsuruna yönelik fiil, iddianamede gösterilmektedir. Bu hileli davranışlar sonucunda müşteriler aldatılmıştır. Zira bilgisayarlarına program yüklenmesine izin vermişlerdir. Aldatma unsuruna yönelik fiil, iddianamede gösterilmektedir. A ve B, yükledikleri program nedeniyle müşterilerden ücret almışlardır. Aldatılan kişinin veya bir başkasının malvarlığını zarara uğratma

³⁷ Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.734 vd.; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 17. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.725 vd.; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 20. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.866 vd.; Devrim Aydın, “Dolandırıcılık Suçu”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, 11(2), 649-705, s.667.

ve failin kendisine veya bir başkasına yarar sağlama unsuruna yönelik fiil de iddianamede gösterilmektedir.

Kanaatimizce iddianamede dolandırıcılık suçunun unsurlarını oluşturan fiiller gösterilmektedir. Bu nedenle Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun dolandırıcılık suçunun unsurlarının iddianamede gösterilmediği şeklindeki görüşüne katılmamaktayız.³⁸

Yargıtay'ın fiilin iddianamede gösterilmesine rağmen sevk maddesinde belirtmeyen suçlardan hüküm kurulamamasını davasız yargılama olmaz ilkesi ile açıklaması doktrinde eleştirilmektedir.³⁹

Cumhuriyet Savcılığı, iddianamede dolandırıcılık suçunun unsurlarına yer verse de marka hakkına tecavüz suçunun oluştuğunu kabul ederek şüphelinin bu suçtan cezalandırılması talebiyle iddianame düzenlemiştir. Cumhuriyet Savcılığı dolandırıcılık suçuna yönelik fiile iddianamesinde yer verdiğinden bu suçtan dolayı dava açılmadığı kabul edilemez. Bu nedenle davasız yargılama olmaz ilkesi, dolandırıcılık suçundan mahkûmiyet

³⁸ YCGK'nun 2018/615 E., 2021/270 K., 10.06.2021 sayılı kararına konu teşkil eden olayda; A, X Telekomünikasyon ve Aracılık Hizmetleri isimli firmanın sahibi ve yetkilisidir. A, Y AŞ'nin izni ve bilgisi olmadığı halde işyeri tabelasında şirket adına tescilli marka ve logoları kullanır, müşterilerle Y AŞ'nin bayisiymiş gibi sözleşmeler yapar, fatura tahsil eder. Faturlar hesaba geçmez, müşterileri başka bir kampanyadan yararlandıracaklarını söyleyerek aboneliklerini başka bir servis sağlayıcısına taşır. Müşterilerin Y AŞ'ye başvurmaları üzerine şirket şikayetçi olur ve marka hakkına tecavüz suçundan dolayı Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi'ne hitaben iddianame düzenlenir.

İlk derece mahkemesi, A'nın marka hakkına tecavüz suçundan (556 s. KHK m.61/A-1) dolayı cezalandırılmasına karar verir.

Yargıtay 19. Ceza Dairesi, dolandırıcılık suçundan işlem yapılması için suç duyurusunda bulunulup sonuca göre A'nın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiğini belirterek ilk derece mahkemesinin kararını bozar.

İlk derece mahkemesi kararında direnir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı bozma istekli tebliğnamede bulunur.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, tahlil ettiğimiz kararda yer alan gerekçenin aynısını öne sürerek (iddianamede dolandırıcılık suçunun unsurlarının gösterilmemesi, marka hakkına tecavüz ve dolandırıcılık suçlarının birbirine dönüşmeyeceği, dolandırıcılık suçundan ayrıca bir soruşturma yapılmasının mümkün olması) ilk derece mahkemesinin direnme gerekçesini isabetli bulur.

Yargıtay, art arda verdiği bu iki kararda iddianamede unsurları gösterilen fiilden ziyade savcının hukuki nitelendirmesine önem vererek aslında unsurları iddianamede gösterilmiş olan dolandırıcılık suçundan ayrıca bir soruşturma yapılması gerektiğini belirtmiştir. Oysaki dolandırıcılık suçunun unsurlarını oluşturan fiiller iddianamede gösterildiği için dolandırıcılık suçundan yeni bir soruşturma başlatılması, non bis in idem ilkesine aykırılık teşkil eder. Bunun yerine yapılması gereken, fiilin hukuki nitelendirilmesi değiştiğinde sanığa ek savunma hakkı vererek hüküm kurmaktır.

³⁹ Apış, s.919.

hükmünün kurulmasında bir engel değildir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun dolandırıcılık suçundan mahkûmiyet hükmü kurulmaması gerektiğine ilişkin gerekçesinde marka hakkına tecavüz suçu ve dolandırıcılık suçunun birbirine dönüşmeyeceği açıklamasına yer vermesini isabetli bulmamaktayız. Zira suçların birbirine dönüşüp dönüşmemesinin bir önemi bulunmamaktadır. Önemli olan maddi fiilin iddianamede ve hükümde aynı kalmasıdır. Fiile bağlı kalındıkça iddianamede gösterilen suç ile mahkemenin nitelendirdiği suç birbirinden çok farklı olabilir.

Mahkemenin iddianamede anlatılan olayın sınırları dahilinde hukuki konuda iddianamede belirtilenden farklı bir suçtan hüküm kurabilmesi, sanığa ek savunma hakkı vermesi ile mümkündür. (CMK m. 225, f. 2; CMK m. 226, f. 1).⁴⁰ Suçun hukuki niteliğinin değişmesi ile yeni bir olay ortaya çıktığından söz edilemez, bu değişiklik yeni bir durumdur.⁴¹

Sanığa ek savunma hakkı verilmesi savunma hakkı ve adil yargılanma hakkı ile silahların eşitliği ilkesinin gereğidir.⁴² Sanığın meramını anlatabilme hakkının bilgilendirilme unsuruna ilişkin olarak sanığın sürpriz kararlar karşılığı yasaklanmıştır.⁴³ Bu nedenle sanık meramını anlatabilmek için değişen hukuki nitelik hakkında bilgilendirilmelidir. Bu hak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ile de korunmaktadır.⁴⁴ Ek savunma hakkı çerçevesinde savunma makamına tanınacak sürenin CMK'nın 176 maddesinden⁴⁵ hareketle en az bir hafta olması gerektiği belirtilmektedir.⁴⁶

Sanıkların dolandırıcılık suçuna yönelik savunmasını yapabilmesi amacıyla mahkeme sanıklara ek savunma hakkı vermelidir.

Olaydaki ilk derece mahkemesi, Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi'dir. Bu mahkemenin görev alanı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 76. maddesinde yer almaktadır: *“Bu Kanunun düzenlediği hukuki ilişkilerden doğan dava*

⁴⁰ Faruk Erem, “Suç Vafında Değişiklik”, Yargıtay Dergisi, 1975, 21(81-82), 24-32, s.24.

⁴¹ Apiş, s.924.

⁴² Apiş, s.925.

⁴³ Hakan Karakehya, “Ceza Muhakemesinde Sanığın Meramını Anlatabilme Hakkının Unsuruları”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 2015, 3(2), 199-225, s.208.

⁴⁴ AİHS m. 6, f. 3, a bendine göre bir suç ile itham edilen herkes: *“Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek”* hakkına sahiptir.

⁴⁵ CMK m. 176, f. 4'e göre: *“Yukarıdaki fıkralar gereğince, çağrı kâğıdının tebliğiyle duruşma günü arasında en az bir hafta süre bulunması gerekir.”*

⁴⁶ Süleyman Emre Özdemir, “Ek Savunma Hakkı (CMK m.226)”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, 10(1), 87-102, s.100.

ve işler ile bu Kanundan kaynaklanan ceza davalarında görevli mahkeme, Sınai Mülkiyet Kanununun 156'ncı maddesinin birinci fıkrasında belirtilen mahkemelerdir.”

Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi'nin dolandırıcılık suçuna bakma görevi bulunmadığından mahkemenin yapması gereken görevsizlik kararı vermektir.

SONUÇ

Merci görüşlerinde verileri hukuku aykırı olarak verme veya ele geçirme, konut ve işyeri dokunulmazlığını ihlal suçlarının tartışılmaması bir eksikliklerdir.

R şirketine ait çağrı merkezi ekibi, müşterilerin telefon numaralarını hukuka aykırı yolla ele geçirdiyse telefon numarası kişisel veri olduğundan verileri hukuka aykırı olarak ele geçirme suçu oluşur. Ayrıca, A ve B, hile ile müşterilerin ev ve işyerlerine girdiğinden müşterilerin bu konudaki rızaları geçerli değildir. Bu nedenle konut ve işyeri dokunulmazlığını ihlal suçları işlenmiştir. Birden fazla defa işlenen bu suçtan dolayı faillerin ceza hukuku sorumluluğu belirlenirken gerçek içtima hükümleri uygulanmalıdır.

T AŞ'ye ait marka tescilli olduğundan bunun korunması SMK hükümlerine tabidir. A ve B, marka sahibinin izni olmaksızın marka hakkına tecavüz sayılan hallerde markayı kullanmak (iktibas) fiilini gerçekleştirmişlerdir. Marka hakkına tecavüz suçu seçimlik hareketli bir suçtur. Marka hakkına tecavüz sayılan fiilin suç sayılabilmesi için bu seçimlik hareketlerden birinin gerçekleşmesi gereklidir. A ve B, müşterilerin bilgisayarlarına program yükleyip karşılığında ücret alarak “satma” seçimlik hareketini gerçekleştirmişlerdir. Bu nedenle marka hakkına tecavüz suçundan dolayı sorumludurlar (SMK m. 30, f. 1). A ve B, aynı suç işleme kararıyla aynı mağdura (marka hakkı sahibi) karşı değişik zamanlarda marka hakkına tecavüz suçunu işlediklerinden zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır (TCK m. 43, f. 1).

A ve B, hileli hareketlerle müşterileri aldatıp kendilerine yarar sağlamışlardır; ancak aldıkları ücretin karşılığında müşterilere bir hizmet sunmuşlardır. Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi ayrıca mağdurun veya başkasının malvarlığında zarar meydana gelmelidir. Doktrinde çeşitli malvarlığı zararı teorileri kabul edilmektedir. Subjektif hukuki zarar teorisine göre, kişi aldatılmasaydı yapmayacağı bir tasarruf söz konusu ise zarar gerçekleşmiştir. Objektif ekonomik zarar teorisine göre, malvarlığı zararı mağdurun malvarlığından çıkan değer ile karşı edimin piyasa değeri esas alınarak hesaplanır. Objektif bireysel zarar teorisine göre, objektif ekonomik

zarar teorisindeki gibi edimlerin piyasa değerine bakıldıktan sonra mağdurun tasarruf amacı, mağdura ekonomik olarak ağır bir yük getirip getirmediği de araştırılır. Kişisel zarar teorisine göre, malvarlığı zararı kişinin ekonomik potansiyelindeki değişiklik ve tasarruf amacına aykırılıkları kapsar. Bağımsız veya genişletilmiş zarar teorisine göre, malvarlığı zararı ekonomik zararın üstünde bir kavramdır ve manevi değeri olan şeyleri de kapsar. Kararda müşterilerin bilgisayarlarında çıkan sorunların yüklenen programdan kaynaklandığına ilişkin bilirkişi raporu yer almadığından malvarlığı zararının oluşup oluşmadığı ihtimalli olarak değerlendirilmiştir. A ve B, piyasa değerinde ücret almışlarsa objektif anlamda zarar oluşmasa da subjektif zarardan söz edilir ve subjektif hukuki zarar teorisine göre suç oluşur. A ve B, piyasa değerinin üstünde bir ücret almışlarsa hem objektif hem de subjektif zarar oluşmuştur ve hangi zarar teorisi kabul edilirse edilsin dolandırıcılık suçu oluşur.

Marka hakkına tecavüz suçu ile dolandırıcılık suçu aynı fiillerle işlenmiştir. Bu suçların korudukları hukuki değerler farklı olduğundan aralarında özel norm-genel norm ilişkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanarak failler, cezası daha ağır olan dolandırıcılık suçundan dolayı cezalandırılmalıdır (TCK m. 44).

A ve B hakkında müşterilerden birinin şikâyeti üzerine iddianame düzenlenmiş, yargılama sonucunda beraat kararı verilmiş ve bu kararlar kesinleşmiştir. İddianamede gösterilen fiil, yalnızca bu müşteriye karşı gerçekleştirilen fiil ile sınırlandırılmışsa diğer müşterilere yönelik fiiller de dava konusu yapılabilir. Ancak, iddianamede A ve B'nin gerçekleştirdiği tüm fiiller yer alıyorsa kesin hükmün bulunması olumsuz bir muhakeme şartı olduğundan non bis in idem ilkesi gereği mahkeme ret kararı vermelidir (CMK m. 223, f. 7).

Mahkeme, iddianamede gösterilen fiil ile bağlı olmakla birlikte savcının hukuki nitelendirmesi ile bağlı değildir (CMK m. 225, f. 1, f. 2). Mahkemenin fiil ile bağlılığı, *davasız yargılama olmaz/davacı ve davanın olmadığı yerde yargıç da yoktur* ilkeleri ile ifade edilmektedir. Mahkeme, maddi konuya göre hüküm vermelidir; ancak, hukuki konuda iddianamede gösterilen suç tipinden ayrılabilir. Olayda dolandırıcılık suçuna ilişkin fiil de iddianamede gösterilmekle birlikte sevk maddesi marka hakkına tecavüz suçuna ilişkindir. Dolandırıcılık suçunun unsurları iddianamede gösterildiğinden mahkemenin bu suçtan mahkûmiyet kurması davasız yargılama olmaz ilkesine aykırılık teşkil etmez. Yargıtay'ın dolandırıcılık suçunun unsurlarının iddianamede gösterilmediği şeklindeki değerlendirmesine katılmamaktayız. Ayrıca

Yargıtay'ın dolandırıcılık suçundan mahkûmiyet hükmü kurulmamasına ilişkin, marka hakkına tecavüz suçu ile dolandırıcılık suçunun birbirine dönüşmeyeceği gerekçesine de katılmamaktayız. Zira sevk maddesinde gösterilen suç ile mahkûmiyet hükmü kurulan suçun birbirlerine dönüşüp dönüşmemesi önemli değildir. Önemli olan, hükmün iddianamede gösterilen fiil ile bağlı kalınarak kurulmasıdır.

KAYNAKÇA

- Akkaya Ç, “Suçların İçtimaı Bağlamında Fiil Tekliği”, 2019, S.13, 1-38.
- Apiş Ö, “Türk Ceza Muhakemesinde Hükümün İddianamede Gösterilen Fiil ve Fail Hakkında Verilmesi Meselesi”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, 8(16), 909-934.
- Arıtürk R, “İddianamenin İadesi ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, TAAD, 2022, S.50, 181-218.
- Aydın D, “Dolandırıcılık Suçu”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, 11(2), 649-705.
- Başbüyük İ, Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2011.
- Bilen M, Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2012.
- Çınar A.R, “Hükümün Konusu ve Eylemi (Fiili) Değerlendirmede Mahkemenin Yetkisi”, TBB Dergisi, 2009, S.84, 31-62.
- Çubukçu B.S, “Türk Ceza Hukukunda Görünüşte İçtima”, 2019, 14(154), 1181-1190.
- Ekici Şahin M, Dolandırıcılık Suçu, 1. Bası, Adalet Yayınevi, 2019.
- Erem F, “Suç Vafında Değişiklik”, Yargıtay Dergisi, 1975, 21(81-82), 24-32.
- Esen E, “Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Marka Hakkının Yetkisiz Tasarrufu Suçu” İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, 16(2), 717-32.
- Göktürk N, Fikri İçtima (Suçların İçtimaı), 1. Bası, Adalet Yayınevi, 2013.
- İçel K, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2008, 7(14), 35-49.
- Karakehya H, “Ceza Muhakemesinde Sanığın Meramını Anlatabilme Hakkının Unsurları” Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 2015, 3(2), 199-225.

- Kaymaz S, “Davasız Yargılama Olmaz İlkesinin İhlal Edilmesi ve Sonuçları”, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, C.21, Özel Sayı, 295-326.
- Kelep Pekmez T, Ceza Muhakemesinde Fiil, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Kılıç A.Ş, “Dolandırıcılık Suçunda Aldatma Unsuru Üzerine Bir İnceleme”, in Feridun Yenisey, İzzet Özgenç, Ayşe Nuhoglu, Adem Sözüer, Faruk Turhan (eds.), Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan, 2018, 315-361.
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, Adalet Yayınevi, 2020.
- Korkmaz F, Dolandırıcılık Suçu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2020.
- Kunter N, “Bağımsız Olmadığı ve Diğerine Dayalı Bulunduğu Gerekçesiyle İddianamede Gösterilmiş Eylemlerden Biri Hakkında Kamu Davası Açılmamış Sayılabilir mi?”, Yargıtay Dergisi, 1975, 21(81-82), 33-46.
- Maviş V, “Dolandırıcılık Suçunun Hile Unsuruna İlişkin Sorunlar”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, C.1, Özel Sayı, 597-626.
- Nuhoglu A, “Marka Hakkına Tecavüz Suçu”, in Feridun Yenisey, İzzet Özgenç, Ayşe Nuhoglu, Adem Sözüer, Faruk Turhan (eds.), Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Özbek V.Ö/Doğan K/Bacaksız P, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Özbek VÖ/Doğan K/Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 17. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Özdemir S.E, “Ek Savunma Hakkı (CMK m.226)” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2019, 10(1), 87-102.
- Selçuk S, “Davasız Yargılama Olmaz İlkesi, Savcılarının yetkileri ve Yükümlülükleri”, Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan, in Mahmut Koca, İzzet Özgenç, İlhan Üzülmez, M. Emin Alşahin (eds.), Seçkin Yayıncılık, 2020, 729-736.

- Şahin C/ Göktürk N, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Tezcan M/Erdem M.R/Önok M, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 20. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Şare E, “Dolandırıcılık Suçu Kapsamında Cezalandırılan Hile”, SDÜHFD, 2022, 12(2), 669-721.
- Yenerer Çakmut Ö, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Esas Mahkemesinin Verdiği Hüküm”, EÜHFD, 2007, XI(3-4), 29-61.
- Yenisey F/Nuhoğlu A, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Yılmaz Z, “Marka Hakkına İktibas veya İltibas Suretiyle Tecavüz Suçu”, Terazi Hukuk Dergisi 2021,16(178), 1178-1197.
- Yılmaz Z, “Türk Ceza Hukukunda Suçların İçtimaı Açısından Fiilin Tekliği Kavramı”, 2020, 8(16), 393-436.
- Yurtcan E, “Ceza Davasının Konusu, Sınırlan, Yargıcın Niteleme (Tavsif) Yetkisi, Fiilin Aynılığı ve Kesin Hükümün Önleme Etkisi Çerçevesinde Bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararının Değerlendirilmesi”, Yargıtay Dergisi, 1975, 21(81-82), 47-57.